

Rivista N°: 2/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 11/04/2017

AUTORE: Massimo Luciani*

UN GIROSCOPIO COSTITUZIONALE. IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA DAL MITO ALLA REALTÀ (PASSANDO PER IL TESTO DELLA COSTITUZIONE)**

Sommario: 1.- La questione. 2.- Il Presidente della Repubblica e il controllo costituzionale. 2.1.- Il controllo nella Costituzione. 2.2.- Il Presidente della Repubblica, la funzione e gli atti di controllo. 3.- Il Presidente della Repubblica e la garanzia della Costituzione. 4.- In retrospettiva e in prospettiva: per una ricomposizione del testo e della prassi costituzionale. 4.1.- Essere “capo dello Stato”. 4.2.- Essere “rappresentante dell’unità nazionale”. 4.3.- Prestazioni esigibili e prestazioni non esigibili.

1. La questione.

L’ammonimento di Carlo Esposito, che invitava i costituzionalisti ad abbandonare il “mondo delle ricostruzioni mistiche” per entrare in quello delle “definizioni realistiche” della figura del Presidente della Repubblica¹ è tanto conosciuto quanto inascoltato. E’ mia opinione che la realistica ricostruzione sollecitata da Esposito sia possibile - e non è un paradosso - solo a condizione di tenere in debito conto il testo della Costituzione, che aveva tracciato in modo sintetico, ma molto efficace, i confini - appunto - realisticamente possibili (elastici quanto si vuole, ma pur sempre confini) dell’organo in uno Stato di partiti a forma di governo parlamentare (debolmente razionalizzata). Tutto ruota attorno alla cruciale qualificazione, offerta dall’art. 87 Cost., del Presidente come “capo dello Stato” e “rappresentante dell’unità nazionale”², ma prima di desumere da queste indicazioni costituzionali le necessarie conse-

* Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell’Università degli Studi di Roma – La Sapienza.

** Relazione al Convegno “Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana”, Roma, 20 febbraio 2017. Ne è prevista la pubblicazione negli *Atti* del Convegno e sulla Rivista *Nomos*. Ringrazio il Prof. Fulco Lanchester per la cortese autorizzazione alla pubblicazione anche in questa sede.

¹ C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, Vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, 236, ma v. un ulteriore cenno anche in Id., *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 295.

² Questo è anche il punto di partenza dell’analisi espositiva (C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., 224), che tuttavia svaluta molto la seconda qualificazione, (*ivi*, 234).

guenze teoriche e pratiche (lo si farà in chiusura) occorre soffermarsi sull'indirizzo dominante in dottrina.

“Al Capo dello Stato, qualunque sia o si ritenga la sua collocazione istituzionale nella forma di governo, spetta anche, quanto meno, una funzione di controllo e di garanzia della Costituzione, in qualità di «custode» o di «garante» di essa nell'esercizio dei suoi diversi poteri”³. Affermazioni come questa possono essere incontrate frequentemente nella produzione scientifica italiana ed entrano a comporre l'indirizzo dominante cui ora s'è fatto cenno⁴. Non è semplice dire se in questo indirizzo il controllo e la garanzia della Costituzione siano concepiti addirittura come parti di un'endiadi, ovvero come attività legate da un rapporto di mezzo (il controllo) a fine (la garanzia), poiché sul punto l'opinione non è unanime e, anzi, nel medesimo autore si possono incontrare tracce dell'una e dell'altra prospettiva. E' sull'assegnazione al Presidente delle funzioni (ovvero dei poteri: anche su questo non v'è sempre chiarezza) di controllo e di garanzia che si deve appuntare l'analisi. Ritengo, però, che sia necessario concentrarsi anzitutto sulla questione del controllo, perché se si verificasse che il Presidente della Repubblica, in realtà, non è assegnatario della relativa funzione (ovvero del relativo potere) sarebbe più agevole dimostrare l'esattezza della tesi (che ritengo di sostenere) ch'egli non sia nemmeno, in senso proprio, organo di garanzia costituzionale.

2. Il Presidente della Repubblica e il controllo costituzionale.

Verrò più avanti, come detto, alla questione della ritenuta funzione presidenziale di garanzia della Costituzione. Qui interessa porre l'altra (ma connessa) relativa al controllo: il Presidente della Repubblica (formulo tre ipotesi diverse, ancorché confinanti) è organo, esercita una funzione o almeno adotta atti di controllo costituzionale? Dico subito che la mia risposta sarà, con alcuni non secondari *distinguo*, negativa. E lo sarà sulla scorta di un itinerario di riflessione che provo a sintetizzare.

Per “controllo” si è correttamente inteso “un aspetto dell'agire umano necessariamente secondario ed accessorio, in quanto volto a rivedere o riesaminare o riscontrare un'attività di carattere primario o principale”⁵. Il controllo, a causa di questa sua caratteristica logico-strutturale, esibisce un tratto singolare: se in genere il controllore è in posizione (non già di

³ G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1988, 46. Alla pagina precedente D'Orazio aveva imputato all'“astratto illuminismo e razionalismo dell'epoca” il conferimento ai cittadini della funzione di garanzia costituzionale, operato dalle carte rivoluzionarie francesi di fine Settecento. In realtà, quelle carte facevano valere, semmai, una risalente tradizione politica, già sorta in Grecia, ma vivissima anche per tutto il Medioevo e il Rinascimento, che realisticamente (e, a mio parere, condivisibilmente) considerava le costituzioni perdute in assenza di un loro presidio civico. Una tradizione che, peraltro, i rivoluzionari francesi recepirono soprattutto grazie alla mediazione del mito romano, vivissimo, ad es., in Robespierre e in Saint Just.

⁴ La scelta è caduta, fra le molte disponibili, su quella riportata nel testo sia perché è apparsa particolarmente significativa (per il suo simultaneo riferimento al controllo e alla garanzia), sia perché è alla memoria di Giustino D'Orazio che queste pagine sono dedicate. Si tratta, infatti, del testo, invero assai rielaborato, della Relazione al Convegno *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Roma, 20 febbraio 2017, tenutosi in ricordo, appunto, del caro Collega, scomparso vent'anni or sono.

⁵ G. BERTI-L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 298.

sovraordinazione gerarchica, ma comunque) di condizionamento nei confronti del controllato, i cui atti hanno in via di principio un'efficacia subordinata all'esito positivo del controllo, il suo agire è in qualche modo subalterno a quello del controllato, perché il "soggetto che propriamente agisce"⁶ è appunto quest'ultimo. Un profilo significativo, questo, che si staglia con ancor maggiore evidenza quando il controllo non è officioso, ma a iniziativa di soggetti terzi se non anche dello stesso controllato: in queste ipotesi, infatti, l'attivazione del potere del controllore è lasciata a un evento che resta *incertus an e incertus quando* e non è nel dominio del titolare.

Questi tratti peculiari del controllo sono tipici dell'intero diritto pubblico e per tali aspetti non v'è particolare differenza fra il diritto amministrativo e il diritto costituzionale. Così, quando Serio Galeotti si soffermò a riflettere sulla questione del controllo in quest'ultimo campo, non poté fare a meno di rimarcare il suo "carattere di *accessorietà*, cioè di connessione dipendente, rispetto al potere o, in genere, alla fattispecie sottoposta a controllo", carattere dal quale derivano corollari di notevolissima importanza, quali, ad esempio, l'impossibilità di controllare in assenza di meccanismi che consentano al controllore la conoscenza della fattispecie da esaminare; l'indisponibilità dell'atto di controllo (laddove l'autorità che ha adottato l'atto controllato ne può disporre); l'incapacità dell'atto di controllo di emendare il contenuto dell'atto controllato, e così via⁷. Lo stacco tra funzione di controllo e funzione attiva di amministrazione o di decisione politica, insomma, è netto e induce a una certa prudenza nella qualificazione di un organo (amministrativo o costituzionale che sia) come "di controllo", a causa della radicalità delle conseguenze che ad essa si legano.

Da quanto si è venuti sin qui dicendo si sarà già inteso che la qualificazione del Presidente della Repubblica come organo di controllo, seppure a suo tempo autorevolmente sostenuta proprio dallo stesso Galeotti⁸, appare, già a prima vista, assai problematica, anche perché (dovendosi ritenere che sia così qualificabile l'organo per il quale il controllo non è solo occasionale o ancillare, ma costituisce il *proprium* dell'attività esercitata) postula l'iscrizione al capo dello Stato di "una" funzione, laddove la multifunzionalità dell'organo emerge chiaramente già dallo stesso art. 87 Cost.⁹. Sembra dunque più corretto chiedersi s'egli eserciti *anche* funzioni di controllo (o almeno adotti singoli atti di controllo), atteso che non è affatto escluso che simili funzioni siano confidate dall'ordinamento a soggetti o plessi organizzativi che prevalentemente ne esercitano altre. Trattandosi di organo costituzionale, peraltro, è metodologicamente corretto verificare preliminarmente se la stessa Costituzione ospiti una qualche nozione di controllo, e cioè se da una o più delle sue norme sia dato ricavare una definizione costituzionale del controllo.

⁶ G. BERTI-L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, loc. cit.

⁷ S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 320 (cors. nell'orig.).

⁸ S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, cit., 341 (e già prima in Id., *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1949, 25: "esclusa [...] la funzione attiva, scartando poi quella consultiva, non potendosi riscontrare qui i connotati, non resta che configurare l'attività del Presidente della Repubblica altro che come funzione di controllo").

⁹ Questa critica era avanzata già da A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, IV, 217 sgg., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, Vol. I, 236.

2.1. Il controllo nella Costituzione.

Il lemma “controllo” ricorre assai poco nel testo costituzionale, e precisamente agli artt. 41, comma 2 (“*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”); 45, comma 1 (“*La legge ne [della cooperazione] promuove e favorisce l’incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità*”); 47, comma 1 (“*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito*”); 100, comma 2 (“*La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*”). Queste indicazioni costituzionali, indubbiamente, sono scarse, ma non irrilevanti.

Conta, anzitutto, la diversa collocazione topografica, ancorché sempre nella Parte Prima della Costituzione, dell’art. 100 e dell’art. 103. Entrambi si riferiscono alla Corte dei conti e al Consiglio di Stato (il primo anche al CNEL), ma mentre l’art. 100 si trova nella Sez. III del Titolo III (Il Governo), l’art. 103 è inserito nella Sez. I del Titolo IV (La Magistratura). Questo non solo conferma il “carattere binario” delle attribuzioni dei due organi¹⁰, ma chiarisce anche che funzione di controllo e funzione giurisdizionale, nonostante una risalente opinione che le voleva in rapporto di *genus ad speciem*¹¹, sono concettualmente diverse e diversamente sono disciplinate dal diritto positivo. Controllare e giudicare, insomma, non sono la stessa cosa. E’ per questo che nemmeno la Corte costituzionale esercita una funzione di controllo e che l’espressione “controllo di costituzionalità” è, in realtà un ossimoro. Probabilmente il suo successo è imputabile alla novità dell’istituto e alla difficoltà che la dottrina ha inizialmente incontrato nel riconoscere ai tribunali costituzionali la natura di vere e proprie giurisdizioni, ma l’uso linguistico è sopravvissuto all’eliminazione delle incertezze concettuali. Torniamo, però, alla questione che qui più ci interessa e spingiamo un po’ più a fondo il nostro sguardo.

La Sez. III del Titolo III della Costituzione (nella quale è ospitata anche la disciplina del CNEL) si intitola “Gli organi ausiliari”, ma né questa denominazione né la collocazione della Sez. III nel Titolo dedicato al Governo possono indurre a opinare che gli organi ivi previsti siano ausiliari nel senso di preposti alla gestione di interessi particolari, rilevanti per il Governo, visto che - anzi - essi godono di una specifica posizione di indipendenza costituzionale. Come ha osservato lucidamente Sandulli, “carattere «ausiliario» presentano piuttosto le loro funzioni, nel particolare senso che queste non hanno portata «decisionale», bensì

¹⁰ La formula è di A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1979, 33 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., 309.

¹¹ V., ad es., A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, rist. anast. dell’ed. 1916, Padova, Cedam, 1986, 71 sg. Con particolare riferimento alla giurisdizione amministrativa è stato sostenuto che la sua creazione sarebbe la conseguenza dell’inefficienza dei controlli amministrativi attivati *ex officio*, con i quali, dunque, si porrebbe in posizione di storica continuità: R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, Giuffrè, 1953, 533.

assolvono, a vario titolo, un ruolo accessivo [...] rispetto alle attività decisionali degli organi [...] cui compete la potestà decisionale”¹². Ed è lo stesso Sandulli a sgombrare il campo dall'apparente paradosso, sopra segnalato, conseguente alla qualificazione di alcune funzioni come di controllo. Essa, infatti, “non sta ad indicare un ruolo secondario e servente di esse. Quando una funzione accessiva rispetto alle altre viene svolta da un organo (e, a maggior ragione, da un soggetto) non solo in posizione di terzietà, ma altresì [...] in quanto espressione soltanto dell'ordinamento [...], il ruolo di essa [...] è nondimeno primario (nel senso di non derivato e non subalterno)”¹³.

L'ascrizione di una funzione denominata “di controllo” alla Corte dei conti, comunque, ne implica una concezione assai tradizionale, come riscontro di atti (o attività) per rapporto a schemi procedurali o sostanziali normativamente predeterminati.

2.2. Il Presidente della Repubblica, la funzione e gli atti di controllo.

Fatte queste precisazioni, si tratta di capire se il Presidente della Repubblica adotti atti di controllo ovvero se gli siano affidate funzioni qualificabili, in senso tecnicamente proprio, come di controllo. Salve limitate, ancorché significative, precisazioni, non mi sembra. O, almeno, non mi sembra che, nella maggior parte dei casi, lo si possa dire nel senso tradizionale e più tecnico dell'espressione.

Anche qui la pista di riflessione più preziosa ci viene da Sandulli¹⁴. Ai sensi dell'art. 89 Cost. tutti gli atti del capo dello Stato devono essere controfirmati da un ministro o dal Presidente del Consiglio¹⁵ e questo, sebbene tale corollario sia stato trascurato dalla maggior par-

¹² A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti*, cit., 310.

¹³ A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti*, cit., 310 sg.

¹⁴ Per una più compiuta ricostruzione della problematica dell'emanazione mi permetto di rinviare al mio *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Astrid Rassegna*, www.astrid.eu, e in *Pol. dir.*, 2009, 79 sgg.

¹⁵ La tesi che contesta la necessità della controfirma per *tutti* gli atti presidenziali, proponendo di riservarla ai soli atti scaturenti da una “proposta” dell'Esecutivo, accennata a suo tempo da L. PICCARDI, *La Corte costituzionale in Italia*, in *Riv. amm.*, 1951, 278, e assai più ampiamente argomentata da M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia e il Presidente della Repubblica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953, spec. 293 (l'art. 89 Cost. dovrebbe leggersi così: “Nessun atto del presidente della repubblica emesso necessariamente su proposta ministeriale è esistente se non è controfirmato dai ministri proponenti i quali ne assumono la responsabilità”) è stata da ultimo interamente ripresa da A. RUGGERI, *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, Vol. II, 693 sgg. Essa, per quanto accuratamente e appassionatamente motivata, non convinceva e non convince almeno per le ragioni che seguono.

i) Anzitutto, il riferimento al ministro “proponente”, che questa tesi assume a proprio essenziale pilastro (sarebbero da controfirmare “tutti” gli atti del capo dello Stato, sì, ma solo se preceduti da una proposta), è smentita dai lavori preparatori, pur ora richiamati da Ruggeri, che dimostrano l'assoluta casualità della sostituzione di “proponente” a “competente” (sul punto, G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana (Note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 903 sgg., ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, Jovene, 1994, spec. 332 sgg.; E. CHELI, *Articolo 89 - Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1983, 103 sgg.).

ii) La formulazione dell'art. 89 è in sé significativa. Infatti, come è stato esattamente osservato (ancora una volta da G. GUARINO, *Il Presidente*, cit., 333), non si dice che “nessun atto ecc. è valido se non è preceduto da proposta e non è controfirmato”, ma si dice che “nessun atto è valido se non è controfirmato”, il che dimostra che l'attenzione di quella previsione normativa è tutta sulla controfirma e non sulla proposta.

te della dottrina, sta a dire che tra le due volontà vi è una pari efficacia *formale*. Infatti, “l’ordinamento configura come parimenti efficienti, rispetto all’effetto giuridico degli atti attribuiti al presidente, la volontà del Governo e la volontà del presidente”¹⁶. Certo, l’intervento determinante (del contenuto dell’atto) e quello costitutivo (del venire in essere dell’effetto dell’atto stesso) sono cose diverse sul piano *sostanziale*¹⁷, ma ciò non toglie che Presidente e Governo operino, rispetto agli atti che al primo sono imputati, esercitando poteri perfettamente equiordinati sul piano giuridico-formale. Si tratta di questione essenziale sul piano del metodo, che inevitabilmente incide nel merito delle conclusioni che si raggiungono.

Mi muovo qui pienamente, ancora una volta, nel solco della riflessione sandulliana: “Nella generalità delle distinzioni giuridiche il dato formale imposto e reso rilevante dallo stesso ordinamento è da considerare decisivo”¹⁸. Anzi, ancor più in profondità: “ciò che, nel campo dei pubblici poteri, *dat esse rei* è l’aspetto formale, non quello contenutistico”¹⁹. Indicazione di metodo, insisto, decisiva, che sola consente di studiare la *forma* di governo *in quanto forma*, distinguendo adeguatamente il campo dell’analisi giuridica della *struttura* delle istituzioni da quello (connesso quanto si vuole, ma pur sempre diverso) dello studio politologico del loro *rendimento*²⁰.

Se, ora, si torna alla figura del Presidente della Repubblica e la si inquadra seguendo questa indicazione, è agevole trarne alcune conseguenze, che vanno distinte a seconda che si consideri la funzione esecutiva, la legislativa o la giurisdizionale.

iii) È il testo dell’art. 89 che, letto alla luce della sua vicenda approvativa, appare insormontabile. La svalutazione dell’*intentio* dei Costituenti (saldava nel richiedere la controfirma di tutti gli atti presidenziali, nessuno escluso), che A. RUGGERI, *Controfirma*, cit., 716 sg. tenta di accreditare, non può accettarsi, perché proprio per l’interpretazione delle costituzioni vi sono ragioni storico-teoriche molto robuste per tenere nel massimo conto la volontà storica degli autori (sul punto, rinvio a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. IX, Milano, Giuffrè, 441).

iv) La previsione che per taluni atti la controfirma debba essere del Presidente del Consiglio si spiega con la volontà di impegnare in modo particolarmente solenne, per quegli atti, la responsabilità dell’intero Governo, non certo con l’intenzione di rompere l’unitarietà del dato formale inequivocamente emergente dal testo e dalle sue vicende (sul punto, già C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, cit., 297).

v) La preoccupazione che muove la tesi qui commentata sta soprattutto nell’esigenza di non alterare i tratti caratteristici della funzione di controllo (A. RUGGERI, *Controfirma*, cit., 720), ma tale preoccupazione viene meno in radice se si accoglie l’impostazione qui seguita, che colloca la funzione di controllo largamente al di fuori del perimetro delle competenze presidenziali.

vi) Nella prospettiva della forma di governo, l’assenza della controfirma lascia il capo dello Stato “solo” di fronte alla pubblica opinione, che può sempre far valere nei suoi confronti la responsabilità politica diffusa (nei noti termini fissati da G. U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1347, riprendendo l’inquadramento generale già proposto in ID., *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967). Non sembra questo l’esito voluto dall’art. 89 Cost.

¹⁶ A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 236. V. anche C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, cit., 293, sull’attribuzione alla controfirma della “finalità di testimoniare una identica collaborazione dei ministri alle decisioni del Capo dello Stato”.

¹⁷ Lo stesso Sandulli l’aveva chiarito benissimo: A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Corte Supr. di Cass. Sez. civ.*, 1949, I, 894 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., Vol. III, 96 sg.

¹⁸ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, IV, 243 sgg., e in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 sg., ora in *Scritti giuridici*, cit., Vol. II, 275.

¹⁹ A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale* in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1831 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., Vol. I, 303.

²⁰ Ho cercato di sviluppare questa premessa metodologica nella mia voce *Governo (forme di)* in *Enc. dir. - Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 538 sgg.

La prima è (nella sua duplice manifestazione di funzione di direzione politica e di funzione amministrativa) quella che più caratterizza la figura del capo dello Stato, sia perché è quella cui egli compartecipa con maggiore estensione, sia perché il rapporto con il Governo è continuo proprio in forza dell'art. 89 e della generalità del principio della controfirma. In ragione di quanto si è detto, è evidente che la pari partecipazione formale agli atti presidenziali di chi li controfirma e di chi li firma pone i due organi costituzionali sul medesimo piano: "La partecipazione presidenziale all'azione del potere esecutivo rappresenta [...] l'estrinsecazione di una concreta e reale potestà, che, in mancanza di norme in contrario, non può non essere considerata pienamente discrezionale, nel quadro della funzione obbiettiva assegnata dalla costituzione al presidente quale capo dello Stato"²¹. Dal che conseguono alcune necessarie conclusioni: a) che *tutti* gli atti del capo dello Stato, in quanto necessariamente firmati e controfirmati, sono da qualificarsi come formalmente complessi²²; b) che, sebbene la dottrina impieghi i due termini sinonimicamente, non basta che un atto sia complesso perché sia anche duale, attenendo la complessità alla forma e la dualità alla sostanza; c) che, corrispondentemente alla forma, sul piano sostanziale gli atti del capo dello Stato devono ritenersi, in prima battuta, "duali", potendo classificarsi "presidenziali in senso stretto" o "governativi" solo in presenza di dati normativi (costituzionali ovviamente) che l'impongono (il che, va detto a scanso di equivoci, accade sovente)²³; d) che, dovendosi riconoscere il "carattere efficiente dell'intervento del presidente nella emanazione degli atti in ordine ai quali è prevista una sua competenza"²⁴ (efficiente nel senso - tecnico - che l'atto è *effectum* grazie all'apporto di entrambi i soggetti che lo sottoscrivono), ci troviamo di fronte a un rapporto che si atteggia in modo molto diverso da quello che lega l'organo che esercita una funzione attiva e l'organo che esercita una funzione di controllo. Nel controllo, infatti, può accadere (e, anzi, di regola accade) che l'atto controllato acquisisca efficacia solo a condizione che l'atto di controllo abbia contenuto positivo, ma questo significa che la vicenda dell'efficacia si dipana attraverso due atti distinti. La tesi che l'atto controllato e l'atto di controllo entrino a comporre un unico atto, complesso, per quanto autorevolmente sostenuta²⁵, non può essere condivisa, sia perché l'atto di controllo "non coopera a determinare e a costituire, in una con l'atto soggetto al controllo, un certo effetto giuridico", ma si atteggia a "puro e semplice requisito di efficacia"²⁶, che "non costituisce il nucleo dell'atto complesso, ma un semplice acces-

²¹ A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 231.

²² Non a caso l'esempio tipico di atto complesso (quale *species* del *genus* atto composto) è da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, Vol. I, 659 ravvisato proprio nel decreto del Presidente della Repubblica.

²³ Più netta l'opinione di O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, Jovene, 2010, 17, ad avviso del quale tutti gli atti del capo dello Stato sono sempre duali, quale che sia il dato costituzionale che viene messo in rapporto con l'indicazione generale dell'art. 89 Cost. Tale opinione si radica nella premessa della monofunzionalità della controfirma, ma a mio avviso questa premessa non basta perché si raggiungano soluzioni così radicali, per quanto finemente argomentate.

²⁴ A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 233.

²⁵ U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, 1903, ora in Id., *Studi di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, Vol. I, 230, ove si fa l'esempio dell'atto di "approvazione dell'Autorità tutoria" che entra a comporre un atto complesso ineguale in una con la "deliberazione di un ente autarchico soggetto a tutela".

²⁶ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, rist. inalt. dell'ed. 1959, Milano, Giuffrè, 1964, 277

sorio²⁷, sia perché (conseguenzialmente) il controllo si colloca nella fase procedimentale integrativa dell'efficacia e non in quella costitutiva²⁸, sia perché quegli atti "sono completamente autonomi, in quanto espressione di due diversi poteri"²⁹. Nel caso dell'attività presidenziale, invece, non si danno atti distinti in successione, ma un unico atto (sempre formalmente complesso e sostanzialmente "duale", "presidenziale in senso stretto" o "governativo" a seconda delle indicazioni fornite dalla Costituzione), la cui *esistenza* giuridica, non la sola *efficacia*, è interamente condizionata alla formale compartecipazione del capo dello Stato e del Governo. A seguire la tesi che il Presidente compirebbe atti di controllo in riferimento alla funzione esecutiva, pertanto, si sarebbe costretti a qualificare *lo stesso atto*, all'un tempo, come di controllo e di decisione politica (o amministrativa) attiva.

Se non ci sono "atti" di controllo in senso proprio, tuttavia, ci si deve chiedere se il Presidente eserciti comunque una "funzione" di controllo. Certo, una funzione che non implica l'adozione di atti omogeneamente così qualificabili sarebbe assai singolare, ma nel caso del capo dello Stato la complessità della sua posizione costituzionale induce a non escludere l'originalità dei suoi tratti caratterizzanti. Un esempio rivelatore è quello dell'attività normativa del Governo.

Anche in questo caso, sebbene limitatamente agli atti imputabili al Consiglio dei ministri, la compartecipazione presidenziale è essenziale e si realizza a mezzo dell'emanazione. Già Paladin ed Esposito osservavano che i decreti legge possono dirsi effettivamente "adottati" solo dopo l'emanazione (se non, addirittura, dopo la pubblicazione)³⁰ e lo stesso può dirsi per i regolamenti governativi, per il semplice fatto che sia nell'uno che nell'altro caso il testo trasmesso dal Governo al capo dello Stato non possiede alcuna identità giuridica distinta e differenziata da quella del testo emanato, che è quello del decreto legge o del regolamento per come emanato³¹. Qualificare l'emanazione atto di controllo, pertanto, si scontrerebbe con la struttura stessa dell'atto.

Anche sul piano funzionale, poi, questa qualificazione si rivelerebbe abusiva. Il controllo, in senso proprio, consiste nella verifica del rispetto di un predefinito (e quindi fisso) schema normativo dell'atto o dell'azione. Il soggetto controllore, pertanto, ha una funzione (il controllo) e dei paradigmi (lo schema normativo). Tutto questo non vale per il Presidente della Repubblica. Nel suo caso, infatti, *funzione e paradigma coincidono*, nel senso che al momento dell'emanazione, così come in qualunque altro momento della sua attività, il paradigma che lo guida è proprio la sua (duplice) funzione, di capo dello Stato e di rappresentante dell'unità nazionale. Se l'atto normativo del Governo lede uno degli interessi sottesi all'una o all'altra di queste funzioni, il Presidente può non emanare, con un apprezzamento ovviamen-

²⁷ G. CHIOVENDA, *Lezioni diritto amministrativo* (redatte dal dott. R. Ventura per l'A.A. 1909-1910), Milano, Giuffrè, 1991, 118.

²⁸ L. COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 2007, 539. Con specifico riferimento agli atti presidenziali, oltre ai già citati contributi di Sandulli, M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia*, cit., 262, nt. 13.

²⁹ B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, In *Trattato Santaniello*, Vol. III, Padova, Cedam, 1993, 127.

³⁰ L. PALADIN, *Decreto-legge*, in *N.ss.D.I.*, vol. V, Torino, UTET, 1960, 291; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 855.

³¹ Per questi rilievi rinvio al mio *L'emanazione presidenziale*, cit., 83.

te latamente discrezionale, seppure non arbitrario (e quindi pur sempre assoggettato al rimedio di chiusura del promovimento del conflitto tra poteri). Solo in questo modo, mi sembra, si può costruire una visione razionale dell'attività del Presidente in sede di emanazione. Se, infatti, la si inquadra secondo gli stilemi del controllo, si è costretti ad assumere come suo paradigma (oltre che, per quanto riguarda i regolamenti, la legge) la Costituzione, ma in questo modo l'intervento presidenziale finisce per essere costruito come un sindacato di costituzionalità, del quale non v'è traccia né all'art. 87, né altrove. In realtà, il capo dello Stato fa valere il limite costituzionale esclusivamente nella misura in cui ciò gli è imposto dalle sue due funzioni, che sono allo stesso tempo i suoi due paradigmi. Unicamente se si ha chiaro questo punto si capisce perché soltanto in alcuni (e ridotti) casi il limite costituzionale sia, nella prassi, opposto dal Presidente e si evita di reclamare interventi (di vero e proprio sindacato di legittimità) che spettano alla Corte costituzionale³² e sono invece sottratti al Presidente, sia perché non gli competono, sia perché egli non è nemmeno organizzativamente attrezzato per farli (la sua stessa struttura servente non è concepita per essere quella di un giudice)³³.

Le cose vanno in parte diversamente quanto alla compartecipazione alla funzione legislativa. La promulgazione, infatti, resta estranea alla fase costitutiva della legge e si colloca in quella integrativa dell'efficacia³⁴, non trovando così, in quanto atto esterno a quello controllato, pregiudiziali ostacoli d'ordine dommatico alla propria qualificazione come atto di controllo. Per un verso, però, si tratta di una vera eccezione, che non smentisce la conclusione generale già raggiunta; per l'altro, anche in questo caso il controllo è *sui generis*, perché resta guidato da paradigmi che al controllo sono normalmente sconosciuti: le funzioni medesime dell'organo.

La conclusione raggiunta non è smentita nemmeno dall'analisi delle modalità di compartecipazione del capo dello Stato alla funzione giurisdizionale, che (eccezion fatta per la decisione dei ricorsi straordinari, che però è interamente condizionata dal parere del Consiglio di Stato e comunque non è attività costituzionalmente necessitata)³⁵ si dipana attraverso la presenza in un organo collegiale che solo raramente prevede l'adozione di atti (l'eccezione è l'emanazione dell'ordine del giorno del Consiglio Superiore della Magistratura).

³² Anche chi qualifica la Corte e il Presidente "custodi" o "garanti", entrambi, della Costituzione è costretto a registrare almeno le profondissime diversità dei presupposti, degli strumenti e degli effetti della loro azione (cfr., ad es., R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 1997, 333 sgg., ma v. anche L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, spec. 213).

³³ L'invito a non sovraccaricare il Presidente della Repubblica di compiti del genere è già in C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 226.

Quanto alla struttura servente, per cogliere le differenze con quella di un organo giurisdizionale, basterà leggere il d.P.R. 18 aprile 2013, n. 107/N (specie gli artt. 5 e 9), che disciplina il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

³⁴ S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957, 241 sgg.; 322 sgg.; 390 sgg.

³⁵ Ovviamente, quanto si dice nel testo vale se si accetta la concezione dei ricorsi straordinari come veri rimedi giurisdizionali, che peraltro sembra ormai definitivamente affermata nella giurisprudenza sia costituzionale che amministrativa.

Fatte queste precisazioni, torniamo alla premessa generale dell'essenzialità del profilo formale nell'inquadramento della figura del capo dello Stato. Essa non risulta solo gravida di conseguenze dommatiche, ma appare anche essere la sola che consenta di comprendere appieno la parabola della Presidenza della Repubblica nella nostra storia costituzionale, altrimenti destinata a una lettura in termini di perpetuo "snaturamento" o di continua "sfigurazione" del disegno costituzionale dell'organo proprio a causa della difficoltà di cogliere l'unitarietà di una figura nella quale la dottrina, invece, ha indebitamente contrapposto alle prestazioni politiche quelle di controllo-garanzia³⁶.

Se si assumono prospettive unilaterali di analisi quel disegno sfugge nella sua unitaria complessità. Lo dimostrano, a mio parere, le sentt. Corte cost. nn. 200 del 2006 e 1 del 2013, in materia - rispettivamente - di grazia e di intercettazioni indirette del capo dello Stato, che sembrano aver perduto di vista, appunto, l'unitarietà della figura, per esaltare ora il suo collegamento con la società civile, ora il suo pieno inserimento nella società politica. Su questo, però, non posso far altro che rimandare a quanto ho già avuto modo di scrivere in sede di commento critico alle due pronunce³⁷.

In realtà, si conferma che definire il Presidente *organo* di controllo appare estremamente problematico. Ma lo è anche attribuirgli una *funzione* di controllo, sia perché (salve poche eccezioni, come la promulgazione) si tratterebbe di una *funzione* di controllo esercitata senza *atti* di controllo, sia perché, come si è visto, i suoi paradigmi non sono esterni, ma coincidono con le funzioni conferite al Presidente. Il problema si potrebbe risolvere solo a condizione di declinare il lemma "controllo" in senso assai generico e allusivo, quale espressione di una funzione terza, tendenzialmente indipendente e preordinata al perseguimento di scopi generali dell'ordinamento e non di interessi particolari o di singoli plessi amministrativi o costituzionali. Ma sembra miglior partito attestarsi su un'accezione giuridicamente rigorosa, anche per battere in breccia la tentazione di allargare a dismisura il campo del controllo, sino a renderlo evanescente (si pensi, ad esempio, alla pur diffusa tesi che il *referendum* abrogativo avrebbe, appunto, la natura giuridica - non solo la funzione, si badi - di atto di controllo)³⁸. Si potrebbe dunque dire, tutt'al più, che il capo dello Stato, pur non essendo organo di controllo e pur non adottando (salve limitate eccezioni) atti di controllo, esercita le proprie funzioni anche secondo moduli valutativi apparentemente simili a quelli della funzione di controllo, ma nella consapevolezza ch'essi sono caratterizzati da tratti distintivi affatto originali³⁹.

³⁶ V., ad es., M.C. GRISOLIA, *Alla ricerca di un nuovo ruolo del capo dello Stato nel sistema maggioritario*, in AA. VV., *Scritti Carlassare*, cit., Vol. II, 581, che non a caso lamenta un "sovraccarico di prestazioni" derivante dalla sovrapposizione dei due gruppi di funzioni.

³⁷ M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corr. giur.*, n. 2/2007, 6 sgg.; ID., *La gabbia del Presidente*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013 (10 maggio 2013), 1 sgg. e in *Giur. cost.*, 2013, 513 sgg.

³⁸ Questa tesi, non a caso sostenuta da S. GALEOTTI, *Op. cit.*, 337, è criticata in M. LUCIANI, *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2005, 600 sgg.

³⁹ A me sembra, poi, che il controllo giuridico in senso proprio sia solo quello che S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, 124, chiama "controllo di conformazione" (allo "schema normativo"), mentre non lo sia quello che il medesimo A. definisce "controllo di integrazione" (volto ad assicurare la coerenza dell'azione pubblica

3. Il Presidente della Repubblica e la garanzia della Costituzione.

In realtà, l'assorbimento delle funzioni presidenziali nell'ambito del controllo sembra legarsi alla concezione dominante della figura del capo dello Stato, che lo legge come "potere neutro", titolare soprattutto di poteri di interdizione⁴⁰. Si tratta di un'opinione non convincente, che del resto mi sembra anche frutto di un equivoco linguistico. Chi ha parlato di un "potere neutro", infatti, spesso ha inteso fare riferimento a un potere lontano dalla politica o quantomeno (e più realisticamente) non partigiano. Questo, però, non avrebbe di per sé implicato l'accettazione della sistematica constantiana del *pouvoir neutre*, che invece ha finito per essere diffusamente evocata. E' possibile che non sempre questo sia accaduto per intimo convincimento e che talora si sia usata l'espressione (potere neutro) senza condividere la dottrina che l'aveva creata, anche perché nella lingua francese mancano due lemmi distinti per denotare il "neutro" e il "neutrale" (in entrambi i casi il termine a disposizione è sempre e solo *neutre*). Più frequentemente, però, usi linguistici e assunti teorici sono stati perfettamente coerenti.

Sebbene gli stessi Presidenti della Repubblica (penso, da ultimo, a Giorgio Napolitano)⁴¹ abbiano avuto modo di accreditarla, a me non sembra proprio che la vecchia dottrina constantiana, perfettamente adatta per (e funzionale a) la monarchia costituzionale, possa essere oggi recuperata (direi: riesumata) nell'ambiente giuridico e storico di una repubblica parlamentare.

Già dovrebbe indurre alla cautela il fatto che, a sua volta, la dottrina del *pouvoir neutre* fosse il frutto di una riesumazione. Difficile, infatti, non leggersi le tracce della medievale teoria dei *duo magna luminaria*, formalizzata da Gregorio IX nella decretale *Solita*, inserita nel *Liber Extra*⁴². Come si sa, il Pontefice riprendeva e rielaborava un'immagine della *Genesis*⁴³ e affermava che "*fecit Deus duo magna luminaria in firmamento coeli; luminare maius, ut praeesset diei, et luminare minus, ut praeesset nocti; utrumque magnum, sed alterum maius, quia nomine coeli designatur ecclesia*". Sul piano dei rapporti fra potere temporale e potere spirituale, poi, aggiungeva che "*Ad firmamentum igitur coeli, hoc est universalis ecclesiae, fecit Deus duo magna luminaria, id est, duas magnas instituit dignitates, quae sunt pontificalis auctoritas, et regalis potestas. Sed illa, quae praeest diebus, id est spiritualibus, maior est;*

e "il raggiungimento dei risultati ultimi del sistema"), del quale non a caso restano indefinite le giuridiche - appunto - conseguenze, probabilmente ascrivibili ad altri tipi di funzione (la direzione, il coordinamento, etc.).

⁴⁰ Va segnalato, peraltro, come la prospettiva sia singolarmente rovesciata da T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, Mucchi, Vol. III, 1035 sgg., ora in *Opere*, T. I, *Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 2000, 624: "il Presidente della Repubblica è [...] un «potere neutro» [...] proprio in ragione della funzione di garanzia a lui assegnata dall'ordinamento".

⁴¹ Può essere utile ricordare, però, che, concludendo il dibattito in occasione della presentazione del volume di V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2016, tenutasi nella sede dell'Enciclopedia Italiana, in Roma, il 7 luglio 2016, il Presidente emerito ha affermato di condividere le critiche rivolte alla ricostruzione della figura del capo dello Stato in termini di *pouvoir neutre*.

⁴² L. I, Tit. XXXIII, Cap. VI (dove è introdotta con questa premessa: "*Imperium non praeest sacerdotio, sed subest, et ei obedire tenetur*". Può leggersi anche in rete, in http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre_1t33.html. Sull'importanza della raccolta delle decretali di Gregorio IX, curata da Ramon de Penyafort, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, 208.

⁴³ 1, 14, 16-18.

quae vero carnalibus, minor, ut, quanta est inter solem et lunam, tanta inter pontifices et reges differentia cognoscatur". Questa dottrina (non a caso rovesciata da Dante)⁴⁴, che proponeva una ricostruzione dei rapporti della Chiesa con l'Impero assai più favorevole di quella imperniata sulla metafora delle due spade, formulata molti secoli addietro da Papa Gelasio I ("*Duo quippe sunt [...] quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum et regalis potestas*")⁴⁵, cercava di risolvere in termini teologici un serio problema politico, elaborando una struttura dualista (due astri; due luci; due distinte prerogative come la *potestas* e l'*auctoritas*...) tipica (salve grandiose eccezioni, come la romano-repubblicana) delle fasi istituzionali nelle quali la questione del sommo potere è ancora *in-decisa*⁴⁶. Ebbene: cos'altro ha fatto la teoria del potere neutro collocandosi nell'ambiente storico della monarchia costituzionale se non proporre un quadro dualistico? E come è possibile rifarsi ancora ad essa quando la questione del sommo potere (della sovranità, possiamo dire oggi) è stata ormai *decisa*?

Lasciamo pure da canto, dunque, il fatto che quella dottrina assegnasse al capo dello Stato poteri di primario rilievo politico, e cioè proprio quei poteri che molti dei suoi attuali seguaci vorrebbero espungere dall'orizzonte dell'azione presidenziale: l'ostacolo davvero decisivo alla sua perdurante recezione sta proprio nel dualismo, e cioè nella questione della doppia legittimazione, realmente essenziale per la tenuta dell'intero edificio teorico di cui stiamo parlando.

Constant mosse (comprensibilmente, perché ai suoi tempi il tema era politicamente scottante) dal problema della responsabilità dei ministri e del capo dello Stato. La "differenza essenziale e fondamentale", a suo avviso, stava proprio nel fatto che i primi sono "autorità responsabile" e il secondo "autorità investita dell'inviolabilità"⁴⁷. L'inviolabilità, pertanto, costituisce il tratto distintivo essenziale della figura del re nell'assetto della forma di governo. Ma l'inviolabilità può essergli riconosciuta solo se e nella misura in cui lo si inquadra come autorità esterna a tutti i poteri, come un "essere a parte"⁴⁸. E questo "essere" è "a parte" unicamente in ragione del fatto che la sua legittimazione è del tutto alternativa a quella dei ministri

⁴⁴ *Monarchia*, L. III, III, 20: "*dico quod regnum temporale non recipit esse a spirituali, nec virtutem que est eius auctoritas, nec etiam operationem simpliciter; sed bene ab eo recipit ut virtuosius operetur per lucem gratie quam in celo et in terra benedictio summi Pontificis infundit illi*".

⁴⁵ L'epistola di Papa Gelasio I all'Imperatore Anastasio, dalla quale è tratta la nota frase citata nel testo, può leggersi anch'essa in rete, in <http://www.documentacatholicaomnia.eu> (n. 0042A).

⁴⁶ La dottrina dei *duo luminaria* sembra istruttiva anche quanto alla polemica che, come ben si sa, oppose Erik Peterson (v., in particolare, E. PETERSON, *Der Monotheismus als politisches Problem*, Lipsia, Hegner, 1935, trad. it. di H. Ulianich, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia, Queriniana, 1983) a Schmitt (v., in particolare, C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1934, trad. it. di P. Schiera, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Il concetto del "politico"*, Bologna, Il Mulino, 1972, 32 ss.; ID., *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Berlino, Duncker & Humblot, 1970, trad. it. di A. Caracciolo, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano, Giuffrè, 1992) quanto all'origine teologica dei concetti politici ovvero all'origine politica dei concetti teologici. Teologica e politica all'un tempo, la dottrina di cui si dice nel testo parrebbe determinare un'inattesa *coincidentia oppositorum*.

⁴⁷ B. CONSTANT, *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, Eymery, 1815, 34: "la différence est essentielle et fondamentale, entre l'autorité responsable, et l'autorité investie de l'inviolabilité".

⁴⁸ B. CONSTANT, *Principes*, cit., 40: "Le roi, dans un pays libre, est un être à part, supérieur aux diversités des opinions".

e del parlamento che lo sostiene: è una legittimazione “sacra”, che sola permette di separare potere e responsabilità⁴⁹.

Ho sempre trovato rivelatrice l’invocazione constantiana del sostegno della storia romana, nella quale l’istituzione del tribunato provverebbe il bisogno di potere neutro che anche quella forma di governo, paradigmatica per l’intero Occidente sin dai tempi di Polibio, avrebbe avvertito⁵⁰. Lasciamo stare l’errore storico nel quale Constant cadde (come Rousseau - al contrario - aveva ben compreso, il tribunato, pur essendo “potere negativo”, si collegava intimamente al potere popolare e, dunque, alla *volonté générale* senza alcun tratto di “neutralità”)⁵¹: quel che importa è che Constant non avesse richiamato a caso l’esempio di una forma di governo dualista come la romana⁵². Certo, il dualismo romano (popolo-senato) era ben diverso da quello che un teorico della monarchia costituzionale aveva in mente, ma il principio è il medesimo: si ha dualismo quando c’è duplicità di legittimazioni e se la legittimazione è unica il dualismo non si può dare.

Ora, a me sembra evidente che nei sistemi democratici si riconosca un solo principio legittimante del potere politico, e cioè la volontà popolare. Spazi per il dualismo, dunque, non ce ne sono. A questo proposito, però, è bene rimuovere un possibile equivoco, perché si potrebbe obiettare che di forme di governo allo stesso tempo democratiche e dualiste non ne manchino. Sennonché, il dubbio si radica in una definizione eccessivamente larga del dualismo nelle forme di governo. Cosa s’intenda, in questo campo, per monismo e dualismo non è agevole dire e grandi sono le incertezze che circondano la dicotomia⁵³. La maggioranza degli autori che ne parla, infatti, se ne serve come criterio classificatorio generale di tutte le forme di governo, ma non manca chi la confina a chiave interpretativa delle sole forme di governo parlamentari (ravvisando il dualismo quando il capo dello Stato si atteggia ad “autonomo centro di attività che [può] contrapporsi a quella del parlamento”)⁵⁴. In via di principio, comunque, il dualismo si fa coincidere con la presenza di due “motori” della forma di governo, operanti in base a una “distinta legittimazione”, con la conseguenza che vengono qualifi-

⁴⁹ B. CONSTANT, *Principes*, cit., 46: “ce n’est que lorsque la puissance est de la sorte sacrée, que vous pouvez séparer la responsabilité d’avec la puissance”.

⁵⁰ B. CONSTANT, *Principes*, cit., 38 sg.

⁵¹ *Contratto sociale*, L. IV, Cap. V. Sul punto, si deve rinviare alle fondamentali ricerche di P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, vol. III, 1972, 1970 sgg., nonché ID., *Tribunato e resistenza*, Milano, Paravia, 1971, *passim*.

⁵² G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, Giappichelli, 1996, spec. 280 sgg., contrappone il modello dualistico romano a quello, moderno e oggi dominante, della divisione dei poteri. Sul dualismo della forma di governo romana, v. anche P. CATALANO, *La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Torino, Giappichelli, 1974, 690 sgg. Per ulteriori sviluppi, ID., *Modelo institucional romano y independencia: Republica del Paraguay 1813-1870*, Asunción, Comunerós, 1986, 14 sg.

⁵³ M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 6^a ed., Torino, Giappichelli, 2016, 98.

⁵⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9^a ed., T. I, Padova, Cedam, 1975, 405; analogamente, G. D’ORAZIO, *Presidenza Pertini (1978-1985). Neutralità o diarchia?*, Rimini, Maggioli, 1985, 60. Questo stesso A., *ivi*, 63, offre anche una definizione di “diarchia”, intendendola come “la tendenziale e sostanziale partecipazione (salve restando le forme e le procedure canonizzate) di un organo, strutturalmente estraneo, anche se istituzionalmente collegato e coordinato, alla determinazione della volontà di altro cui appartiene la competenza all’adozione di un atto”. Poiché, però, nell’impostazione qui seguita, sono proprio le forme che condizionano la ricostruzione dei rapporti fra gli organi, questa definizione di diarchia corre il rischio d’essere inoperativa.

cate dualiste (oltre quelle monarchico-costituzionali del passato), le forme di governo presidenziali, semipresidenziali e semiparlamentari⁵⁵. Sennonché (al contrario, ripeto, di quanto avveniva per la monarchia costituzionale), la legittimazione di cui si parla è tutt'altro che "distinta". Come ho avuto modo di osservare in altre occasioni⁵⁶, infatti, anche in quelle esperienze costituzionali il principio legittimante è uno solo ed è sempre lo stesso: il consenso (anzi, il voto) popolare. Si deve distinguere, infatti, fra *tipo* e *modo* della legittimazione. Quello di un capo dello Stato o di un primo ministro eletto direttamente è un *modo* di legittimazione completamente diverso da quello delle assemblee rappresentative, ma questo *modo* (nel senso di forma di manifestazione) appartiene al medesimo *tipo* di legittimazione, quello democratico.

Semmai, può essere molto utile osservare che un residuo di dualismo permane non a caso proprio in quelle democrazie nelle quali la forma di governo è rimasta monarchica. Ho trovato illuminanti, a questo proposito, due vicende che hanno interessato il Granduca Henry di Lussemburgo e Re Baldovino del Belgio. Il primo si era rifiutato di sanzionare una legge sull'eutanasia e per risolvere il problema sollecitò la revisione dell'art. 34 della Costituzione, dalla quale sparì la previsione della sanzione regia, sostituita da quella che "*Le Grand-Duc promulgue les lois dans les trois mois du vote de la Chambre*". Il secondo, pur di non sanzionare la legge di legalizzazione dell'aborto, accettò che per pochi giorni si dichiarasse (ai sensi dell'allora art. 82 della Costituzione belga) la propria "impossibilità di regnare". In questo modo il Governo, appellandosi al principio di continuità dei poteri, provvide direttamente a sanzionare la legge in luogo del sovrano⁵⁷. Mi sembra chiaro che nulla di tutto questo avrebbe potuto accadere in una repubblica e che solo l'implicita presupposizione di una legittimazione regia "altra" abbia permesso simili svolgimenti costituzionali. Il che, lungi dal provare che anche in un ambiente costituzionale democratico è possibile un dualismo di legittimazioni, prova l'esatto contrario, e cioè che il principio monarchico è istituzionalmente incompatibile con il principio di eguaglianza, fondativo della democrazia⁵⁸, perché un re, anche se elettivo, non possiede mai un "carattere rappresentativo"⁵⁹. La compresenza di monarchia e democrazia, imputabile alla tenace sopravvivenza di autentici relitti del passato, è dimostrata per quel che è proprio dagli esempi appena ricordati: un vero *monstrum* costituzionale, nel quale il bicefalismo, di regola inoperativo, non emerge quasi mai e quando emerge impone singolari acrobazie giuridico-istituzionali per far convivere il diavolo e l'acqua santa.

Né si potrebbe obiettare che se non altro dove vi sono tribunali costituzionali vi sarebbe un'istituzione fondata su una legittimazione non democratica, o quanto meno *counter-*

⁵⁵ M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 99.

⁵⁶ V., in particolare, *Presidente della Repubblica e funzione amministrativa*, in AA. VV., *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli nel centenario della nascita*, a cura di M.A. Sandulli, Napoli, Editoriale Scientifica, 53 sgg.

⁵⁷ Il rifiuto regio aveva determinato una gravissima crisi costituzionale, disinnescata molto a fatica (v. la narrazione degli eventi da parte di un protagonista: W. MARTENS, *Mémoires pour mon pays*, adatt. francese di G. Dalozé, Bruxelles, Racines, 2006, 173 sgg.).

⁵⁸ A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, vol. III, p. 2442, nt. 79.

⁵⁹ P. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 4^a ed., Milano, Giuffrè, 1980, 104 sg.

*majoritarian*⁶⁰, perché il problema della legittimazione non democratica delle giurisdizioni costituzionali è solo apparente: esse presidiano la volontà democratica che ha dato vita al patto costituente e la fanno prevalere su quella, essa pure democratica, ma contingente, delle maggioranze politiche del momento⁶¹.

Un solo tipo di legittimazione, dunque, e molteplici suoi possibili modi. Ma dove avvertiamo l'unicità del *tipo* e la diversità del *modo* quando ragioniamo del Presidente della Repubblica nel suo rapporto con gli organi costituzionali del circuito Parlamento-Governo? Che il *tipo* sia eguale, a me sembra, lo si coglie perfettamente se si ragiona sul fatto che la storia repubblicana ha dimostrato che il ruolo del capo dello Stato è strettamente dipendente (oltre che dalla personalità del titolare della carica, ovviamente) dalla debolezza o - specularmente - dalla forza del raccordo Parlamento-Governo: quanto più debole è quel raccordo, tanto più consistente tende a farsi il protagonismo del Presidente; quanto più esso è forte, tanto più flebile si fa la sua presenza sulla scena politica e la sua capacità di incidere nel funzionamento della forma di governo⁶². Questo collegamento bidirezionale mostra con piena evidenza l'unicità del *tipo* di legittimazione, perché l'oscillazione del pendolo segue un moto omogeneo, reso possibile solo dal fatto che le due forze che lo muovono sono collocate esattamente sul medesimo piano (quello, appunto, della legittimazione democratica).

La diversità del *modo*, invece, la si avverte bene nel raccordo privilegiato e più diretto che il Presidente della Repubblica vanta con la Costituzione: poiché egli rappresenta l'unità nazionale e poiché l'unità nazionale è giuridicamente sancita e politicamente favorita⁶³ dalla Costituzione, è a questa ch'egli non solo deve costantemente guardare, ma può anche costantemente fare appello. E poiché, ancora, le costituzioni aspirano a durare, il Presidente ha un'obbligazione di interpretazione della lunga durata che è sconosciuta al Parlamento e al Governo, chiamati a confrontarsi anzitutto con la contingenza. Le correnti profonde della società civile, le invarianti della storia nazionale (più numerose di quanto il tumultuoso succe-

⁶⁰ Alludo, evidentemente, alla nota questione della *counter-majoritarian difficulty* posta da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis - New York, 1962, spec. 16: "The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system".

⁶¹ Uno spunto in questa direzione si incontra già, in occasione della discussione sulla legge costituzionale di attuazione degli artt. 134 sgg. Cost., nell'intervento dell'On. La Rocca alla seduta della Camera del 22 novembre 1950, nel quale si collegavano Costituzione uscita dal compromesso democratico fra tutte le forze politiche e sua garanzia giurisdizionale (v. lo stenografico, 23892).

⁶² Che il concreto atteggiarsi delle singole presidenze (e delle singole fasi di ciascuna presidenza) dipenda dallo stato del sistema dei partiti è sostenuto da molti. Da ultimo, ad es., O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 32; V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga*, cit., 10. È il sistema dei partiti, infatti, che condiziona il funzionamento del raccordo Parlamento-Governo, dal quale a sua volta è condizionato, sul piano istituzionale, il rendimento della presidenza (G.U. RESCIGNO, *Articolo 87- Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1978, 181 sg.), sino a esserne una "variabile dipendente" (R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 9).

⁶³ Favorita, non certo assicurata. Non è il caso di tornare, qui, per l'ennesima volta, sulla critica all'illusione coltivata da chi pensa che la Costituzione possa, da sola, supplire al difetto di meccanismi unificanti capaci di operare sul terreno culturale, sociale, economico e politico. Più avanti, comunque, qualche cenno alla problematica delle funzioni integranti del patriottismo costituzionale.

dersi degli avvenimenti faccia intravedere)⁶⁴: sono questi i materiali nei quali il capo dello Stato deve scavare per cogliere la sostanza di quella comunità politica la cui unità egli rappresenta ai sensi dell'art. 87 della Costituzione. E tale sostanza egli deve cogliere per rinnovare ed esplicare costantemente le ragioni del nostro stare insieme, per limare le punte del conflitto, per favorire il pieno dispiegarsi dei fattori di integrazione politico-sociale.

E' bene evitare equivoci. In questo modo non intendo affatto recuperare l'esigenza, fatta valere da Carl Schmitt, di un'istanza unificante esterna al circuito politico-parlamentare. Quell'esigenza si radicava nel convincimento (sul quale si tornerà appresso) che fosse necessario rimediare all'articolazione disgregativa della società pluralista e il pluralismo era il *problema* da risolvere. Per la Costituzione, invece, il pluralismo è una *risorsa* da utilizzare, perché l'unificazione e l'integrazione si costruiscono proprio nel processo di confronto pluralistico interno a quelle che a mio avviso si possono definire le "tre sfere dell'agire politico" (il confronto si apre nella sfera della *politica nazionale*, determinata dai cittadini nel libero concorso anche attraverso i partiti; prosegue nella sfera della *politica parlamentare*, che della politica nazionale dovrebbe farsi traduttrice in termini di opzioni legislative; sfocia nella sfera della *politica governativa*, che di quella parlamentare dovrebbe essere interprete in termini di indirizzo politico)⁶⁵.

Una dottrina molto diffusa, risalente almeno al noto articolo di Calamandrei *Viva vox Constitutionis*⁶⁶, collega funzione di rappresentanza dell'unità nazionale e funzione di custodia della Costituzione, ma si tratta di un collegamento fallace. In Calamandrei, per la verità, si spiega bene storicamente. Il suo saggio è del 1955 e appare quando la Corte costituzionale ancora non è stata messa in funzione e a ridosso della speranza di "disgelo costituzionale" animata dalla presidenza Gronchi: l'appello alla custodia presidenziale della Costituzione era dunque imputabile alla mancanza della Corte e alla necessità di trovare nel capo dello Stato una sponda politico-istituzionale dell'operazione di superamento del centrismo. Ma oggi è ben possibile riconoscere che la rappresentanza dell'unità nazionale non solo non implica, ma addirittura esclude la custodia della Costituzione, perché esige prestazioni di contenuto e portata ben diversi. Questo, almeno, se per custodia della Costituzione, come in genere accade, si intende, più propriamente, la sua *garanzia*.

Il senso di questa espressione è stato fotografato e cristallizzato, una volta per tutte, nella storica polemica fra Kelsen e Schmitt. L'alternativa ch'essi ponevano era netta e non poteva non esserlo, perché si fondava su due concezioni della Costituzione addirittura oppo-

⁶⁴ Continuo a vedere la più impressionante capacità di cogliere queste invarianti nel leopardiano *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degli italiani*, scritto nel 1826, ma ancor oggi rivelatore.

⁶⁵ Sul punto, rinvio a M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 555; ID., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, 6, nonché in AA. VV., *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, n. 103 dei *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2013, 31 sgg., e in AA. VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, Vol. II, 775 sgg.

⁶⁶ Il 31 gennaio 2015 l'articolo è stato ripubblicato e diffuso sul web da *Il Ponte*. V, ad es., fra i molti che seguono il medesimo orientamento, G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (Appunti)*, in *Arch. giur. Serafini*, 1957, 4.

ste e incompatibili⁶⁷. Alla loro base stava un diverso atteggiamento nei confronti del pluralismo: una risorsa (democratica) per il primo; un rischio (disgregante) per il secondo. È per questo che in Kelsen, coerentemente con l'idea che il conflitto sociale dovesse essere assorbito nella dialettica parlamentare regolata dalle norme costituzionali, la Costituzione poteva essere concepita come un documento normativo da assoggettare alle comuni regole di interpretazione e sistematizzazione delle fonti. Ed è per questo che in Schmitt, coerentemente con l'idea che il conflitto sociale dovesse essere contenuto e non dovesse emergere al livello delle istituzioni costituzionali, la Costituzione poteva essere concepita come il precipitato di una decisione politica generatrice di unità, che ne reclamava una collocazione autonoma e differenziata da tutte le altre fonti dell'ordinamento. Erano le premesse di partenza, insomma, che erano radicalmente diverse e che imponevano soluzioni altrettanto radicalmente diverse della questione della garanzia della Costituzione.

La radicalità delle due alternative esclude i compromessi e impone la scelta, scelta che da noi, nonostante la diffusa opinione che sostiene l'esistenza di una "doppia garanzia" (Consulta e Quirinale)⁶⁸ è obbligatoriamente in favore della Corte costituzionale, sia in ragione di dati inequivoci del diritto positivo, sia in ragione di profili dottrinali molto rilevanti. In sintesi estrema: a) organo di garanzia in senso proprio è unicamente quello che tutela la Costituzione non solo con atti politici o meramente persuasivi, ma con atti giuridici definitivi e vincolanti, che lo rendono il vero e proprio organo di chiusura del sistema⁶⁹; b) il Presidente della Repubblica presta la propria opera (stabilizzatrice e di coesione) attraverso atti che non sono sempre tipologicamente determinati, anzi si svolge essenzialmente attraverso atti e comportamenti senza forma predefinita e liberi nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*; c) l'esatto contrario accade per la Corte costituzionale, che non agisce officiosamente, è tenuta a pronunciarsi se adita e decide nel rispetto del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato.

Come si accennava, molti hanno affermato che la funzione di garanzia costituzionale, nel nostro ordinamento, sarebbe "strutturalmente ripartita, in forme diverse, tra le due istituzioni costituzionali"⁷⁰, ma, per le ragioni che ho detto, questa opinione non può convincere. Anzi, se si condivide la tesi qui sostenuta che quella assicurata dal capo dello Stato non sia

⁶⁷ Ho formulato questa stessa osservazione in varie occasioni: ad es. in *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Foro it.*, 2000, V, 27, nonché in *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Dir. soc.*, 2011, 66. Analogamente, G. FERRARA, *La sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale e la garanzia della Costituzione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, IV, 3131. Una lettura in certa misura conciliante dei due pensieri è proposta, invece, da D. GALLIANI, *Il capo dello Stato e le leggi. I, Aspetti storici, profili comparatistici, ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, XXXIII.

⁶⁸ La tesi, come è noto, risale ad alcuni contributi che Serio Galeotti elaborò subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Lo stesso S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, Vol. II, 277 sgg., è tornato molto più tardi sulla questione, confrontandosi con la dottrina di diversa opinione.

⁶⁹ Il riconoscimento dell'effetto vincolante come elemento costitutivo della nozione di garanzia lo troviamo anche in chi (contraddittoriamente, a mio modesto parere) qualifica il Presidente della Repubblica organo, appunto, di garanzia (v., in particolare, S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Milano, 1950, 26 ss.; Id., *Garanzia costituzionale*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 507).

⁷⁰ Così G. D'ORAZIO, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale: i rapporti nel sistema e nella prassi*, in *Giur. cost.*, 1982, 1925 sg., ma nel medesimo senso una numerosa dottrina.

una vera “garanzia” in senso tecnico, ritengo sia inopportuno continuare a definirlo organo di garanzia in senso lato⁷¹, oppure organo di “garanzia politica” della Costituzione⁷². E anche chi (saggiamente, peraltro) ritiene troppo secca l’alternativa tra concezioni del Presidente “garante” e concezioni del Presidente “governante”⁷³ concede troppo, a mio avviso, all’impostazione maggioritaria, che non consente di cogliere la figura presidenziale in tutta la sua complessità. E’ chiaro che, assolvendo alle funzioni che gli sono confidate, il Presidente eroga prestazioni che la Costituzione vuole e che ritiene fondamentali per la propria tenuta e per la conferma della propria forza precettiva, ma questo non ha nulla a che vedere con la “garanzia della Costituzione” (altrimenti questa sarebbe assicurata da qualunque organo costituzionale che esercitasse compiutamente le proprie competenze).

4. In retrospettiva e in prospettiva: per una ricomposizione del testo e delle prassi costituzionali.

Quale percorso metodologico seguire, allora, per comprendere quale davvero sia il ruolo del Presidente della Repubblica nel disegno della Costituzione, ma anche per una lettura corretta della storia repubblicana? La risposta mi sembra disarmantemente semplice: basta prendere le mosse dal testo dell’art. 87 Cost. e riflettere attentamente sulla duplice qualifica dell’organo⁷⁴ che subito incontriamo al suo primo comma: *capo dello Stato* e *rappresentante dell’unità nazionale*. Sembra ovvio, ma la storia della nostra dottrina e della giurisprudenza costituzionale dimostra che non è scontato. Se, come ho accennato, la giurisprudenza costituzionale ha esaltato ora l’una ora l’altra funzione senza identificare un disegno unitario dell’organo, la dottrina ha oscillato fra due orientamenti metodologici opposti. Talora si è perduta in un’analisi dettagliata dei singoli poteri presidenziali che da sola non poteva condurre ad alcuna visione complessiva; talaltra (e più spesso) ha ecceduto in astrazione, sganciandosi dal dato giuridico-positivo e ragionando solo per grandi categorie politico-costituzionali (controllo, garanzia, indirizzo politico, neutralità, etc.). Il problema, invece, era la quadratura del circolo tracciato per metà dalla qualificazione di “capo dello Stato” e per l’altra metà dalla qualificazione di “rappresentante dell’unità nazionale”⁷⁵: indicazioni apparentemente disarmoniche se non contraddittorie, ma che l’interprete è tenuto a conciliare en-

⁷¹ È quanto propone di fare, invece, G. SORRENTI, *Prime considerazioni sull’ambivalenza strategica del ruolo di garanzia del capo dello Stato*, in AA. VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a cura di A. Ruggeri, Torino, Giappichelli, 2011, 485.

⁷² Così G. GUARINO, *Il Presidente*, cit., 367 sg., spec. nt. 27. Questa impostazione è seguita, in particolare, da G. FERRARA, *La sentenza n. 1 del 2014*, cit., 3133, nt. 18.

⁷³ G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica*, in AA. VV., *Valori e principi del regime repubblicano*, a cura di S. Labriola, Roma - Bari, Laterza, 2006, 3., *Legalità e garanzie*, 446; U. ALLEGRETTI, *Il Presidente della Repubblica tra diritto e storia*, in <http://archivio.rivistaaic.it/>, 5, nonché in *Passato e presente*, n. 71/2007; G.M. SALERNO, *Presidente della Repubblica: evoluzione, criticità e prospettive*, in *Studi Modugno*, cit., IV, 3279.

⁷⁴ È bene ribadire, con la dottrina più attenta, che l’organo è il Presidente della Repubblica, mentre l’essere capo dello Stato è una delle *funzioni* di tale organo.

⁷⁵ L’osservavo già nel mio *La gabbia del Presidente*, cit., 4.

tro una visione coerente dell'istituto della Presidenza⁷⁶. Cerchiamo, in sintesi, di esaminarle partitamente e di vedere come sia possibile ch'esse stiano assieme.

4.1. Essere “capo dello Stato”.

Mi è sempre parso significativo che in Costituzione “capo dello Stato” si trovi scritto esattamente così, con la “c” di capo minuscola con la “S” di Stato maiuscola⁷⁷. Certo, questa scelta, tutt'altro che solo tipografica, è storicamente imputabile alla diffidenza che i costituenti nutrivano nei confronti dei “Capi” (con la maiuscola): non era stato, forse, Benito Mussolini il “Capo del Governo”, oltre che il “Duce del fascismo”? Essa, tuttavia, è in perfetta armonia con la collocazione del Presidente in tutti gli snodi sensibili dell'assetto istituzionale della Repubblica, tanto da renderlo in qualche misura compartecipe di tutti i poteri dello Stato. Ebbero: poiché i fili dei quali il tessuto istituzionale della Repubblica si compone si possono aggrovigliare e poiché la matassa di quei fili può essere difficile da sbrogliare, c'è ben bisogno di un “capo” dal quale partire, di un punto estremo che sia fuori dal groviglio. Questo è appunto il “capo” dello Stato, al quale - l'intera storia repubblicana lo dimostra, ma basterebbe pensare alle presidenze Scalfaro e Napolitano -⁷⁸ si chiede, in questa sua qualità, di sbrogliare le matasse istituzionali e di restituire il sistema al suo funzionamento fisiologico.

4.2. Essere “rappresentante dell'unità nazionale”.

Quella dell'unità nazionale fu la questione che i Costituenti si posero come prioritaria⁷⁹. Non valeva soltanto, come per qualunque intrapresa costituente, l'ammonimento smendiano che l'integrazione politica è “il nucleo e il senso proprio della costituzione”⁸⁰, ma urgevano, nello specifico caso italiano, i problemi esterni (gravissimi a Est, ma molto seri anche a Ovest) dell'integrità territoriale del Paese e quelli interni della saldatura delle molteplici fratture, storiche o prodotte dalla guerra, che lo dividevano. Un “ritorno allo Statuto” era im-

⁷⁶ La considerazione delle *due* qualificazioni costituzionali è essenziale. Non convince, pertanto, la scelta di concentrare l'attenzione esclusivamente sulla funzione di rappresentazione dell'unità nazionale (così, invece, A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 7 sgg.).

⁷⁷ Non è innocente, dunque, disattendere la scelta formale della Costituzione, usando la maiuscola. È quanto, però, si fa molto spesso (v., ad es., già C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., *passim*).

⁷⁸ Si è facili profeti, per non dire semplici cronisti degli eventi, se si ipotizza che anche durante il mandato del Presidente Mattarella le matasse da sbrogliare non saranno poche.

⁷⁹ In questo senso, in particolare, E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 520 sgg., ora in Id., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, 44; P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e postmoderna*, in AA. VV., *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, 49; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011, nonché in *Dir. soc.*, 2011, 636 sgg., e in AA. VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Annuario AIC 2011, Napoli, Jovene, 2014, 3 sgg.

⁸⁰ R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, 84.

possibile, perché le enormi trasformazioni determinate dal conflitto dovevano essere assorbite e gestite entro un quadro assiologico e istituzionale del tutto originale. Questo, tuttavia, non significava essere autorizzati ad abbandonare il passato: le nazioni vivono di passato tanto quanto di futuro⁸¹ e il passato andava coltivato, anche recuperando alcune strategie retoriche che a suo tempo avevano dato buoni frutti. Se il Risorgimento era stato concepito con un nuovo Rinascimento, ora la Resistenza veniva concepita come un nuovo Risorgimento, e si andava così alimentando il mito di un Paese che ripetutamente muore e ripetutamente rinasce dalle proprie ceneri.

Fondare le basi di una nuova unità nazionale non era certo un compito semplice e, soprattutto, era un compito solo preliminare: l'unità nazionale non è un *dato*, ma un *processo* del quale si trattava di costruire le condizioni: si doveva far sì che il *plébiscite de tous les jours* del quale aveva parlato, con formula fortunatissima, Renan⁸² avesse, negli anni a venire, un risultato positivo. Ma come riuscirci?

Una dottrina molto raffinata, sotto la quale giace la distinzione weberiana tra legittimazione rispetto al valore e legittimazione rispetto allo scopo⁸³, ha sostenuto che a presidiare quel processo la Costituzione avrebbe posto, appunto, specifiche *istituzioni dell'unità*, che proprio per le prestazioni loro richieste si differenzierebbero, strutturalmente e funzionalmente, da quelle *istituzioni del pluralismo* nelle quali invece si rispecchia la molteplicità politica e sociale⁸⁴. Si tratta di un approccio condivisibile, ma che da molti è stato condotto oltre i confini che gli erano inizialmente propri, alimentando l'illusione che le istituzioni dell'unità, oltre a promuovere, consolidare e conservare l'unità, siano anche in grado di crearla, attivando autonomi processi generativi⁸⁵. Non è e non può essere così.

Come dimostrato, una volta per tutte, da Smend, nelle società complesse i meccanismi dell'integrazione politica e sociale sono molteplici, dovendo operare non solo sul terreno dei valori, ma anche su quelli (messi in luce mirabilmente da Cicerone)⁸⁶ del diritto condiviso e soprattutto della comunanza di interessi (materiali). Del resto, molti secoli dopo Cicerone e ben prima di Smend, un acuto filosofo della storia ha osservato che lo Stato "non è sorto da

⁸¹ "Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis": E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, 2^a ed., Paris, Calmann Lévy, 1882, 26.

⁸² Nel saggio cit. alla nt. 80. Lo stesso Smend, sempre in *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., 136, dopo aver esplicitamente riconosciuto il proprio debito nei confronti di Renan, dirà che lo Stato stesso "lebt und ist da nur in diesem Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebens" (cors. mio).

⁸³ M WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, ed. critica Winkelmann, 1956, trad. it. coord. da P. Rossi, *Economia e società*, 2^a ed. it., Milano, Comunità, 1968, I, 207 sgg.

⁸⁴ Quanto alla Corte costituzionale, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, I, *Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*, e soprattutto *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, spec. 12 sgg.; quanto al Presidente della Repubblica, A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, in AA. VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, II, *L'organizzazione costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 5^a ed., 1997, 234; A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, Laterza, 1985, 295 sgg.

⁸⁵ La posizione di A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 287, era assai più cauta, perché per loro il compito delle istituzioni dell'unità "è quello di favorire o di determinare momenti di unità all'interno delle dinamiche pluralistiche".

⁸⁶ *De Re Publica*, I, 39: il popolo non è "omnis hominum coetus quoquo modo congregatus", bensì "coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus".

un'abdicazione degli egoismi individuali, bensì *consiste* in tale abdicazione, è il suo sistema di compenso, di modo che possibilmente molti interessi ed egoismi vi trovino in permanenza il proprio tornaconto [...]”⁸⁷. In questa prospettiva realistica, gli elementi materiali dell'unità sono ancor più decisivi di quelli formali e simbolici: specie in società segnate da forti diseguaglianze, infatti, l'attivazione dei meccanismi di costruzione degli elementi materiali dell'unità diventa essenziale, perché è proprio così che si determina inclusione sociale e si riducono le differenze⁸⁸. Ma questi meccanismi (le politiche pubbliche, essenzialmente) sono nelle mani delle istituzioni del pluralismo⁸⁹, non in quelle delle istituzioni dell'unità, cui compete, semmai, *consolidare* o *promuovere* una unità che, però, non possono autonomamente *generare*. E' pertanto assurdo pretendere che il capo dello Stato sia il creatore di un'unità carente, mentre è ragionevole elevare nei suoi confronti la pretesa di favorirne la costruzione e la conservazione, tanto più che se la cura dell'unità nazionale può essere ascritta alla Corte costituzionale solo in via interpretativa, essa al Presidente della Repubblica è affidata esplicitamente dall'art. 87 Cost.

Gli strumenti che il Presidente ha a disposizione per assolvere a questo compito sono molteplici. La stessa pluralità dei poteri di cui è titolare e il loro estendersi su ogni terreno dell'azione istituzionale sono funzionali allo scopo, ma le risorse su cui egli può contare sono anche altre. Due mi paiono essenziali.

Anzitutto, sono a sua disposizione possenti risorse simboliche. Certo, non si tratta di un re o di un imperatore, per i quali si può anche postulare l'immedesimazione del corpo fisico del monarca e del corpo politico⁹⁰, ma la monocraticità della carica, il luogo in cui viene esercitata, l'apparato rituale che la circonda, tutto cospira a far avvertire che dov'è il Presidente è l'Italia.

Già questo è molto, ovviamente, ma non è tutto⁹¹, perché il Presidente vanta anche quel collegamento privilegiato con la Costituzione sul quale si è prima richiamata l'attenzione e dal quale può trarre una forte legittimazione dei propri interventi nel dibattito pubblico e sulle altre istituzioni. Anche qui, tuttavia, non ci si deve illudere che l'appello alla Costituzione

⁸⁷ J. BURCKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, ed. Oeri, Berlin u. Stuttgart, Spemann, 1905, trad. it. di M. Mandalari, *Riflessioni sulla storia universale*, Milano, Rizzoli, 1966, 56 (cors. nell'orig.).

⁸⁸ È sorprendente che moltissimi economisti e politologi contemporanei non colgano o volutamente trascurino quel collegamento fra eccesso di diseguaglianze (di ricchezza e di povertà) e fragilità del vincolo politico che è stato chiaro per millenni al pensiero politico occidentale (ho fatto qualche esempio “classico” nel mio *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 8 ss.).

⁸⁹ Non solo. Istituzioni del pluralismo per eccellenza sono i Parlamenti, che, al di là delle politiche pubbliche coesive che eventualmente elaborano, possono essere un potente fattore di integrazione già per il solo fatto di usare il metodo del confronto aperto e trasparente e la pratica del compromesso (v., ovviamente, H. Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien, Braumüller, 1926, trad. it. di C. Geraci, *Il problema del parlamentarismo, ne Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, spec. 193 sgg.). Tutto questo, peraltro, a condizione che il sistema dei partiti e la cultura politica sorreggano in concreto questa astratta capacità delle assemblee rappresentative: le vicende politiche italiane degli ultimi due decenni mostrano quanto tutto questo non sia affatto scontato.

⁹⁰ La “finzione mistica dei Due Corpi del Re” (cfr. E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, trad. it. di G. Rizzoni, Torino, 3) mi è sempre parsa chiarita in modo esemplare dall'impressionante descrizione del legame tra la *finis Austriae* e la morte di Francesco Giuseppe che troviamo in F. WERFEL, *L'impero austriaco*, ora in *Nel crepuscolo di un mondo*, trad. it. di C. Baseggio, Milano, Mondadori, 1980, 42 sgg.

⁹¹ È riduttiva, dunque, l'idea (C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., 234, nt. 74) che il Presidente della Repubblica sia unicamente il “simbolo” dell'unità nazionale che è chiamato a rappresentare.

basti, da solo, a generare una unità nazionale che non sia robustamente sostenuta da meccanismi integrativi materiali sufficientemente sviluppati, perché sulla dottrina del patriottismo costituzionale si sono scaricate aspettative che non può soddisfare. Se, infatti, in Habermas il patriottismo costituzionale funge da surrogato di un'identità nazionale più profonda, ormai smarrita o impossibile nell'ambiente dell'integrazione europea⁹², per Dolf Sternberger, il quale per primo, già negli anni Cinquanta, lo costruì come paradigma⁹³, esso serviva semplicemente a reperire un elemento in qualche modo unificante di due Germanie divise, prive di "un" popolo. Chiedere di più al comune identificarsi in una Costituzione non è possibile.

Pur se in questi limiti, comunque, nella sua qualità di rappresentante dell'unità nazionale il Presidente è chiamato sia a disvelare (e conservare, consolidandole) le ragioni di quell'unità, sia a trovare il punto di equilibrio tra l'esigenza democratica di lasciare aperto il conflitto sociale e politico e quella sistemica di tenerne indenni le istituzioni, perché le democrazie pluralistiche contemporanee funzionano bene solo a temperatura (del confronto pluralistico) media (altrimenti rischiano l'entropia da temperatura troppo bassa o il surriscaldamento da temperatura troppo alta)⁹⁴.

4.3. Prestazioni esigibili e prestazioni non esigibili.

Così ricostruite, le due funzioni fondamentali che l'art. 87 assegna al Presidente della Repubblica risultano essere perfettamente armoniche e complementari: un capo dello Stato che non sapesse assicurare la massima armonia possibile fra le istituzioni genererebbe anche turbolenze nel dominio dell'unità nazionale che è chiamato a rappresentare. E' un "equilibrio dinamico" quello che il Presidente deve sforzarsi di valorizzare, funzionando come un vero e proprio *giroscopio costituzionale*, capace di tenere in asse la macchina delle istituzioni e la convivenza civile nonostante gli inevitabili scossoni cui la dialettica politica e sociale, nel corso del tempo, le sottopongono⁹⁵. A scanso di equivoci: questa conclusione non finisce per far rientrare dalla finestra la dottrina del potere neutro che si era cacciata dalla porta. Anche il monarca costituzionale, certo, erogava prestazioni di equilibrio, ma si trattava di un equili-

⁹² V. soprattutto J. HABERMAS: *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, St. Gallen, Erker, 1991, ora in *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992, 632 sgg.

⁹³ D. STERNBERGER, *Das Vaterland*, nonché *Verfassungspatriotismus* (1979 e 1982), in Id., *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt a. M., Insel, 1990, 11 sgg.

⁹⁴ Raggiungevo le medesime conclusioni nel mio *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 2, e in AA. VV., *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, a cura di M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 2015, 123.

⁹⁵ Di una funzione di "equilibrio dinamico" ha (esattamente) parlato G. D'ORAZIO, *Riflessione sul ruolo del Presidente della Repubblica*, in AA. VV., *Verso la riforma delle istituzioni. Strumenti*, a cura di E. Cuccodoro, Firenze, Nocchioli, 1983, 136, ma (stavolta erroneamente) vedendola come il frutto dell'evoluzione della figura presidenziale, altrimenti caratterizzabile solo come "autonomo potere di garanzia formale". Può essere interessante notare che anche la Corte costituzionale ha affermato, almeno in una occasione, di essere il garante dell'equilibrio dinamico dei rapporti fra lo Stato e le Regioni (sent. n. 31 del 2006), "perché le linee di ripartizione tracciate dalla Costituzione siano rispettate nel tempo, pur nel mutamento degli strumenti organizzativi che lo Stato e le Regioni sceglieranno via via di adottare per conseguire i propri fini nel modo ritenuto più adatto, secondo i diversi indirizzi politici e amministrativi". Per le ragioni dette più volte, però, la diversità della prospettiva è evidente.

brio precario, paradossalmente cercato in un potere diverso da tutti gli altri e che avrebbe sempre potuto far valere la propria distinta legittimazione per rovesciare, non per proteggere, l'assetto della forma di governo. Omogeneo agli altri poteri dello Stato sul piano della legittimazione, al Presidente di una Repubblica parlamentare non è dato invocare un carattere *neutre* che gli potrebbe venire solo da una legittimazione alternativa. Che non possiede.

Leggendo in questa prospettiva (attenta al testo della Costituzione) anche le vicende delle varie presidenze l'intera storia costituzionale repubblicana assume contorni più chiari, perché il punto essenziale è proprio la maggiore o minore capacità di erogare questa prestazione di unificazione, di equilibrio e messa in asse. L'opposta valutazione che l'opinione pubblica ha dato delle presidenze Pertini e Cossiga, ad esempio, si spiega proprio in ragione della loro diversa capacità (o volontà) di agire da stabilizzatori del sistema e catalizzatori di unità, mentre anche la lettura della recente presidenza Napolitano diventa più agevole se si assume questa prospettiva.

Si è parlato, a proposito di Napolitano, di "re Giorgio"; si è discettato di una presidenza "imperiale"; si è detto ch'essa avrebbe fatto avvertire "bagliori" di semipresidenzialismo⁹⁶, ma la realtà è diversa. Certo, il capo dello Stato si è collocato davvero al centro della forma di governo e ha funzionato da motore dell'intero sistema politico a causa della grave crisi dei partiti, ma, lungi dall'essere una sorta di preconizzazione del semipresidenzialismo, la presidenza Napolitano è stata l'espressione più chiara della forma di governo parlamentare, rimanendo nei cui confini ha utilizzato tutte le potenzialità che questa assegna al capo dello Stato, peraltro giungendo sino ai loro limiti più estremi⁹⁷. L'azione che il Presidente emerito ha esercitato, essenzialmente di stabilizzazione della forma di governo, in un ambiente semipresidenziale sarebbe stata inutile (a che serve quando capo dello Stato e Parlamento sono dello stesso colore politico?) o impossibile (che strumenti ha il capo dello Stato per esercitarla, se, nelle situazioni di coabitazione, il Parlamento gli è contrario?). Si potrà discutere del merito delle scelte compiute e ci si potrà anche chiedere se la tutela dell'unità nazionale richieda sempre la stabilizzazione o non reclami anche momenti di discontinuità, ma è sempre in questa prospettiva che quella presidenza deve essere (adesivamente o criticamente) inquadrata. E anche l'attuale presidenza e le future dovranno essere apprezzate sempre dal medesimo punto di analisi.

Questo significa che nei confronti dei Presidenti della Repubblica si possono elevare pretese molto alte di prestazione costituzionale, ma che se ne devono avere ben chiari i limi-

⁹⁶ La formula è di G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 2013, 114. Già all'inizio del primo mandato, ma con riferimento anche all'esperienza delle presidenze precedenti, si era parlato di una "deriva presidenzialista": M. VOLPI, *L'evoluzione del sistema di governo tra Costituzione vigente e prassi presidenzialistica*, in AA. VV., *Scritti Carlassare*, cit., Vol. II, 783.

⁹⁷ Gli esempi più illuminanti dell'arrivo ai più lontani limiti della forma di governo parlamentare mi paiono il discorso di secondo insediamento innanzi le Camere riunite (nel quale giunse sulla schiena del Parlamento una sferzata di proporzioni sconosciute: "[...] se mi troverò di nuovo dinanzi a sordità come quelle contro cui ho cozzato nel passato, non esiterò a trarne le conseguenze dinanzi al paese") e il fatto stesso della rielezione, vero e proprio *unicum*, sinora, nella storia repubblicana, ed evento che, seppure non formalmente escluso dalla Costituzione, assume logicamente una valenza peculiare, perché, come è stato esattamente osservato, possiede "l'univoco significato di un riconoscimento della legittimità e, ad un tempo, della legittimazione delle iniziative presidenziali e della concezione stessa del ruolo che l'organo è chiamato a svolgere anche *pro futuro*" (G. D'ORAZIO, *Presidenza Pertini*, cit., 334).

ti. Il capo dello Stato è titolare di alcuni frammenti di *imperium* e *potestas*, ma detiene un consistente patrimonio di *auctoritas*. Sta alla sua intelligenza politica mantenere intatto o accrescere quel patrimonio, agendo sapientemente sul duplice registro dei rapporti con la pubblica opinione e con i palazzi della politica che gli è proprio⁹⁸, ma non ha senso pretendere dal Presidente l'uso di un *imperium* e di una *potestas* che non detiene. Non organo di controllo (e organo esercente "funzioni" di controllo solo nei limiti e con le precisazioni sopra indicate), non potere neutro, non garante della Costituzione, non titolare di *imperium* e di *potestas*, incapace di costruire, in solitudine, un'unità non altrove generata, non necessariamente adatto, in pari solitudine, a reggere la cosa pubblica nei momenti di crisi⁹⁹, il capo dello Stato potrebbe essere scambiato da qualcuno per il *fainéant* di cui parlò Orlando in Assemblea costituente¹⁰⁰. Ma quel qualcuno dovrebbe ignorare, oltre il *testo* del primo comma dell'art. 87 Cost., la *storia* italiana degli ultimi settant'anni e dovrebbe ritenere secondarie, in un Paese come il nostro, l'armonia istituzionale e la coesione nazionale.

⁹⁸ V. ancora A. DI GIOVINE, *Dieci anni di Presidenza della Repubblica*, loc. cit.

⁹⁹ Mi riferisco, ovviamente, alla notissima ipotesi espositiva (C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., 237 sgg.), poi ripresa da G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 144 sgg., e ora O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 237 sgg.

¹⁰⁰ *Atti Ass. Cost.*, seduta del 23 ottobre 1947, 1478.